

# VU Research Portal

## Het rookverbod: in rook opgegaan of uit de as herrezen?

Borgers, M.J.

***published in***  
Nederlands Juristenblad  
2009

***document version***  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***  
Borgers, M. J. (2009). Het rookverbod: in rook opgegaan of uit de as herrezen? *Nederlands Juristenblad*, 1494-1501.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**  
[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Het rookverbod: in rook opgegaan of uit de as herrezen?

Matthias Borgers<sup>1</sup>

DE RECHTSPRAAK WORSTELT MET HET ROOKVERBOD IN DE HORECA. RECHTBANKEN GEVEN EEN VERSCHILLENDE UITLEG, HET HOF 'S-HERTOGENBOSCH VERKLAART HET VERBOD DEELS ONVERBINDEND EN REIKHALZEND WORDT UITGEKEKEN NAAR WAT HET HOF LEEUWARDEN IN DEZE GAAT DOEN. MAAR AL VERDIENDE DE WETTELIJKE CONSTRUCTIE GEEN SCHOONHEIDSPRIJS, TOCH LEIDT NAUWKEURIGE BESTUDERING VAN HET WETTELIJK KADER IN SAMENHANG MET DE WETSHISTORIE TOT MAAR ÉÉN CONCLUSIE: ER IS GEEN AANLEIDING HET ROOKVERBOD IN DE HORECA ONVERBINDEND TE ACHTEN.

Sinds 1 juli 2008 geldt in Nederland een rookverbod. Althans, dat is het standpunt van de regering. In een aantal recente rechterlijke uitspraken is de vraag aan de orde gekomen of het rookverbod zoals neergelegd in het 'Besluit uitvoering rookvrije werkplek, horeca en andere ruimten' (hierna: Besluit uitvoering), een deugdelijke wettelijke grondslag kent. De Rechtbank Groningen is van oordeel dat zulks het geval is.<sup>2</sup> De Rechtbank Breda deelt dat oordeel, maar heeft het rookverbod wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel niettemin onverbindend verklaard voor zover dat verbod betrekking heeft op zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers).<sup>3</sup> In het hoger beroep tegen deze laatste uitspraak komt het Hof 's-Hertogenbosch tot de slotsom dat hetzelfde verbod onverbindend is, maar nu omdat het geen toereikende grondslag heeft in de Tabakswet.<sup>4</sup> Tegen dit arrest is inmiddels door het Openbaar Ministerie cassatieberoep ingesteld.

Indien het oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch als juist heeft te gelden, betekent dat *de facto* dat het rookverbod geheel in rook is opgegaan. De argumentatie van het hof heeft, om later nog aan te geven redenen, namelijk ook relevantie ten aanzien van horecaondernemers die

geen zzp'er zijn, maar als werkgever hebben te gelden. Het wekt dan ook geen verbazing dat het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch tot een verhit spoeddebat in de Tweede Kamer heeft geleid, waarin de antagonisten van het rookverbod nog eens – zij het zonder succes<sup>5</sup> – hun pleidooi tegen het rookverbod afstaken en de Minister van VWS vooral tot rust en kalmte maande in afwachting van het oordeel van het Hof Leeuwarden in het hoger beroep tegen het Groningse vonnis. Aan dat oordeel hecht de minister veel waarde. Wanneer het Hof Leeuwarden tot dezelfde slotsom komt als het Hof 's-Hertogenbosch, zal de minister het oordeel van de Hoge Raad niet afwachten, maar zich direct nader gaan bezinnen op de regelgeving ter zake van het rookverbod.<sup>6</sup>

Dat zich zo kort na de invoering van het rookverbod de situatie voordoet dat verschillende rechterlijke colleges wisselend oordelen over de vraag naar de verbindendheid van het rookverbod, mag vanuit maatschappelijk en politiek oogpunt bepaald ongelukkig worden genoemd. Met een heldere verbodsbepaling in een wet in formele zin – in plaats van de gekozen constructie die mede berust op een uitvoeringsbesluit – had dit tot op zekere hoogte kunnen worden vermeden. Niettemin gaat het hier voor de juridische fijnproever om een interessante puzzel. In deze bijdrage wil ik laten zien uit welke stukjes die puzzel bestaat en hoe deze al dan niet in elkaar passen. De strekking van mijn betoog is daarbij dat er het nodige valt af te dingen op het oordeel en de argumentatie van het Hof 's-Hertogenbosch. Naar mijn mening kan staande worden gehouden dat de puzzelstukjes weliswaar niet al te fraai

**Niettemin gaat het hier voor de juridische fijnproever om een interessante puzzel**

zijn vormgegeven, maar uiteindelijk toch in elkaar passen en dat er daarom een toereikende wettelijke grondslag bestaat voor het rookverbod.

### Het complexe wettelijke kader

Het rookverbod berust op een samenspel van bepalingen uit de Tabakswet en het Besluit uitvoering. De centrale bepaling is art. 11a van de Tabakswet, dat – voor zover hier relevant – als volgt luidt:

- ‘1. Werkgevers zijn verplicht zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden.  
(...)
4. Diegenen die – anders dan in een hoedanigheid als bedoeld in artikel 10 of 11 – het beheer hebben over voor het publiek toegankelijke gebouwen, voor zover die gebouwen behoren tot bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorieën, zijn verplicht tot het treffen van maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid.
5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen op de in dit artikel bedoelde verplichtingen beperkingen worden aangebracht. Zo kan worden bepaald dat de verplichtingen, bedoeld in het eerste lid, niet gelden voor bij die maatregel aangewezen:
- a. categorieën van werkgevers;
  - b. ruimten in gebouwen (...).

Het eerste lid van art. 11a Tabakswet heeft betrekking op horecaondernemers die als werkgever kunnen worden gekwalificeerd en ziet dus op al die ondernemers die geen zzp’er zijn. Tot 1 juli 2008 gold voor deze als werkgevers aan te merken ondernemers een uitzondering op grond van het vijfde lid van art. 11a Tabakswet, maar die uitzondering is met de intrekking van het Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek komen te vervallen.<sup>7</sup>

Voor het realiseren van het rookverbod in horecaondernemingen die worden geëxploiteerd door een zzp’er, is aangeknoopt bij art. 11a lid 4 Tabakswet. Art. 3 van het Besluit uitvoering bepaalt onder andere:

- ‘1. Degene die het beheer heeft over een van de volgende gebouwen is verplicht in de voor het publiek toegankelijke delen daarvan een rookverbod in te stellen, aan te duiden en te handhaven:
- a. horeca-inrichtingen, geëxploiteerd door een ondernemer zonder personeel; (...)
2. De verplichting geldt niet:
- (...)
- b. in afsluitbare, voor het roken van tabaksproducten aangewezen en als zodanig aangeduide ruimten; (...).

Art. 3 van het Besluit uitvoering verdient op drie punten een nadere toelichting. Allereerst valt het op dat het voorschrift niet rechtstreeks betrekking heeft op de horecaondernemer zelf, maar op de beheerder van de desbetreffende horeca-inrichting. Dat is een wat omslachtige constructie, maar het heeft van doen met het feit dat art. 11a lid 4 Tabakswet nu eenmaal ziet op beheerders (en de minister in die wettelijke bepaling kennelijk geen verandering heeft willen aanbrengen). In de praktijk kan de situatie zich heel wel voordoen dat de beheerder en de horecaondernemer dezelfde persoon zijn. Ten tweede springt in het oog dat art. 3 van het Besluit uitvoering spreekt van het instellen van een rookverbod. Art. 11a lid 4 Tabakswet voorziet echter alleen in een grondslag om bij algemene maatregel van bestuur categorieën van publiekelijk toegankelijke gebouwen aan te wijzen, waar de maatregelen als bedoeld in art. 11a lid 4 Tabakswet moeten worden getroffen. Ten derde kan de vraag worden opgeworpen of de uitzondering die art. 3 lid 2 onder b Besluit uitvoering bevat ten aanzien van rookruimten, grondslag vindt in art. 11a lid 5 Tabakswet, nu deze laatste genoemde bepaling alleen naar het eerste en niet mede naar het vierde lid van art. 11a Tabakswet verwijst. Het ontbreken van een verwijzing naar het vierde lid berust echter, zoals hierna nog aan de orde komt, op een kennelijke vergissing van de wetgever. Bovendien kan hier worden gesteld dat wie het meerdere mag, ook het mindere mag. Al met al lijkt het dan ook het meest zuiver om art. 3 Besluit uitvoering zo uit te leggen dat thans op beheerders van horeca-inrichtingen, die worden geëxploiteerd door een zzp’er, de plicht rust zoals omschreven in art. 11a lid 4 Tabakswet. Het gaat daarbij om de plicht zoals deze in art. 10 lid 1 Tabakswet is geformuleerd ten aanzien van overheidsvoorzieningen, namelijk de plicht tot het treffen van zodanige maatregelen dat van die voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en daarin kan worden gewerkt ‘zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden’ (met uitzondering van de rookruimte). Die plicht is in de kern identiek aan de plicht die op de voet van art. 11a lid 1 Tabakswet rust op de horecaondernemer die als werkgever heeft te gelden. Het gaat immers telkens om het treffen van maatregelen tegen ‘hinder of overlast van roken’.

Interessant en hoogst relevant is nu dat het tweede lid van art. 10 Tabakswet een nadere uitwerking geeft aan de in het eerste lid neergelegde algemene plicht om maatregelen te nemen tegen hinder en overlast van roken. Art. 10 lid 2 Tabakswet luidt:

‘Tot de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, behoort in ieder geval het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod in ruimten, behorende tot bij algemene maatregel van bestuur, aangewezen categorieën. Op het verbod kunnen, overeenkomstig bij de algemene maatregel van bestuur gestelde regelen, beperkingen worden aangebracht.’

#### Auteur

1. Prof. mr. M.J. Borgers is hoogleraar straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

#### Noten

2. Rb. Groningen 20 februari 2009, *LJN* BH3578, *NJFS* 2009, 92.
3. Rb. Breda 3 april 2009, *LJN* BH9853.
4. Hof ‘s-Hertogenbosch 12 mei 2009, *LJN* BI3572.
5. Moties van de strekking dat het rook-

verbod (gedeeltelijk) zou moeten worden opgeheven dan wel bepaalde controles op de naleving zouden moeten worden gestaakt, zijn door de Tweede Kamer verworpen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 22 894, nrs. 221-223, alsmede *Handelingen II* 2008/09, nr. 85, p. 6650.

6. *Handelingen II* 2008/09, nr. 84, p. 6613-6629.

7. Zie voor dit Besluit *Stb.* 2003, 561 en voor de intrekking daarvan *Stb.* 2008, 123.





Asbaktentoonstelling Amsterdam (Koen Suyk/ANP)

In art. 11a Tabakswet wordt *niet* op de een of andere wijze gerefereerd aan het tweede lid van art. 10 Tabakswet. Art. 11a lid 1 Tabakswet hanteert min of meer dezelfde bewoordingen als art. 10 lid 1 Tabakswet, terwijl art. 11a lid 4 Tabakswet verwijst naar art. 10 lid 1 Tabakswet. Er wordt daardoor, bepaald opmerkelijk, niet expliciet bepaald dat de te treffen maatregelen het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod (in bepaalde ruimtes) moeten omvatten. Dit valt temeer op omdat in art. 11 Tabakswet, dat de plicht om maatregelen te nemen tegen hinder en overlast van roken oplegt aan beheerders van bepaalde gebouwen en inrichtingen voor gezondheidszorg, welzijn, maatschappelijke dienstverlening, kunst en cultuur, sport, sociaal-cultureel werk of onderwijs, anders dan in art. 11a Tabakswet *wel* expliciet het bepaalde in art. 10 lid 2 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard.

### Waar het volgens het Hof 's-Hertogenbosch misgaat

Het vorenstaande overzicht van het wettelijke kader komt er in de kern op neer dat op alle horecaondernemers de plicht rust om maatregelen te nemen tegen hinder en overlast van roken, zonder dat *expressis verbis* in de Tabakswet is neergelegd – door middel van een van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet – dat die maatregelen in ieder geval het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod in de horeca-inrichting – behoudens de daarbinnen gerealiseerde rookruimte – omvatten. Wat is nu het gevolg van het ont-

breken van een van overeenkomstig toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet? Betoogd zou kunnen worden – en dat standpunt lijkt door het Openbaar Ministerie in de Bossche zaak in essentie te zijn ingenomen – dat deze laatste bepaling niet meer dan een specificatie zou bevatten van een plicht die reeds is neergelegd in art. 10 lid 1 Tabakswet. Met andere woorden: de plicht om maatregelen te nemen tegen hinder en overlast van roken vergt reeds, ook zonder die specificatie, het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. De specificatie van art. 10 lid 2 Tabakswet vergroot weliswaar het gebruiksgemak van deze wet en voorkomt onnodige discussie over de reikwijdte van de in art. 10 lid 1 Tabakswet neergelegde plicht, maar kan ook worden gemist.

Het Hof 's-Hertogenbosch denkt hier anders over:

‘Taalkundig is een rookverbod slechts een bijzondere vorm van een maatregel die is gericht tegen hinder of overlast van roken; er zijn van die maatregelen ook andere, minder vergaande vormen denkbaar. De uit artikel 11a, vierde lid, van de Tabakswet voortvloeiende bevoegdheid om categorieën van gebouwen aan te wijzen, waar maatregelen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Tabakswet dienen te worden getroffen, biedt op zichzelf daarom onvoldoende grondslag om gebouwen aan te wijzen waar juist die ene specifieke, rigoureuze maatregel dient te worden getroffen: het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Artikel 10, tweede lid, van de Tabakswet heeft slechts betrekking

op (bij algemene maatregel van bestuur aangewezen) ruimten bij de in artikel 10, eerste lid bedoelde door de Staat en openbare lichamen beheerde instellingen, diensten en bedrijven.

Weliswaar beoogde de regering destijds artikel 10, tweede lid, voor de in artikel 11a van de Tabakswet bedoelde gevallen van overeenkomstige toepassing te verklaren (zoals dat ook gebeurde in artikel 11, tweede lid), maar de daartoe strekkende voorziening is ingevolge een amendement van de Tweede Kamer geschrapt.

Nu de wetsgeschiedenis onvoldoende houvast biedt om het tegendeel aan te nemen, moet het er naar het oordeel van het hof voor worden gehouden dat dit opzettelijk is gebeurd en niet als een misslag kan worden aangemerkt.

In feite berust het oordeel van het hof hiermee op twee samenhangende argumenten. Allereerst dat, juist vanwege het ontbreken van een van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet, het nemen van maatregelen tegen hinder en overlast van roken ook iets anders kan en mag inhouden dan het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Ten tweede dat de wetsgeschiedenis geen aanleiding geeft om tot een andere gevolgtrekking te komen.

De houdbaarheid van de argumentatie van het Hof 's Hertogenbosch kan worden getoetst door de wetsgeschiedenis nauwkeurig onder de loep te nemen. Daarvoor moet naar mijn mening niet alleen worden gekeken naar de totstandkomingsgeschiedenis van art. 11a Tabakswet, maar ook naar de achtergronden van art. 10 Tabakswet.

### De Tabakswet van 1990

In het oorspronkelijk voorstel voor de Tabakswet wordt in art. 9 lid 1 voorgeschreven dat in instellingen, diensten en bedrijven van de overheid 'zodanige maatregelen' worden

voor gedeelten van bepaalde ruimten en dergelijke.' De richtlijnen die op grond van het tweede lid kunnen worden vastgesteld, hebben tot doel om 'te grote onderlinge verschillen te voorkomen, door welke de rechtsgelijkheid immers in het gedrang zou kunnen komen'. Het gaat daarbij uitdrukkelijk om richtlijnen, niet om dwingende voorschriften.<sup>9</sup> Daardoor blijft een zekere flexibiliteit behouden, die de mogelijkheid biedt 'dat in bepaalde ruimten het roken niet geheel wordt verboden doch – naar tijd en plaats – wordt beperkt'.<sup>10</sup>

Op het voorgestelde art. 9 komt vanuit de Tweede Kamer als kritiek dat hierin niet dwingend een (vrijwel) algeheel rookverbod is neergelegd.<sup>11</sup> In reactie daarop wordt het wetsvoorstel aangepast, waardoor art. 9 lid 2 komt te luiden:

'Tot de maatregelen, bedoeld in het eerste lid, behoort in ieder geval het instellen en handhaven van een verbod tabaksprodukten te gebruiken in ruimten, behorende tot bij algemene maatregel van bestuur, (...) aangewezen categorieën. Op het verbod kunnen, overeenkomstig bij de algemene maatregel van bestuur geldende regelen, beperkingen worden aangebracht.'

Aldus wordt de vrijblijvende uitwerking van de maatregelen waar art. 9 lid 1 op ziet, in richtlijnen vervangen door het dwingende voorschrift dat de te treffen maatregelen in elk geval een rookverbod moeten inhouden in nader aangeduide ruimten. Tegelijkertijd wordt hiermee in zoverre geen integraal rookverbod ingevoerd dat de tweede volzin van het tweede lid van art. 9 de mogelijkheid bevat om 'beperkingen naar tijd en ruimte' op het rookverbod aan te brengen (bijvoorbeeld met het oog op het roken tijdens vergaderingen).<sup>12</sup>

Uiteindelijk wordt art. 9 hernummerd naar art. 10 en met nog enkele redactionele wijzigingen aangenomen in

## Duidelijk is dat de enige concretisering van de maatregelen tegen 'hinder van het gebruik van tabaksprodukten' het instellen van een rookverbod betreft

getroffen 'dat van de daardoor geboden voorzieningen gebruik kan worden gemaakt en de werkzaamheden daarin kunnen worden verricht zonder dat hinder van het gebruik van tabaksprodukten wordt ondervonden'. Het tweede lid van deze bepaling schrijft voor dat er bij algemene maatregel van bestuur richtlijnen kunnen worden vastgesteld ten aanzien van het treffen van deze maatregelen.

In de memorie van toelichting wordt over de maatregelen als bedoeld in art. 9 lid 1 – ook aangeduid als 'anti-rookmaatregelen'<sup>8</sup> – gesteld dat het in principe wordt overgelaten aan de bevoegde organen om te bepalen welke maatregelen moeten worden genomen. Daaraan wordt toegevoegd: 'Hierbij kan worden gedacht aan totale rookverboden, verboden gedurende een bepaalde tijd, verboden

een vorm die vrijwel geheel overeenkomt met het huidige art. 10 Tabakswet. Hoe moet deze bepaling in het licht van de zojuist geschetste wetsgeschiedenis worden begrepen? Duidelijk is dat de enige concretisering van de maatregelen tegen 'hinder van het gebruik van tabaksprodukten' die

### Noten

8. Kamerstukken II 1984/85, 18 749, C, p. 7 (NR).

9. Kamerstukken II 1984/85, 18 749, nr. 3, p. 15 (MvT).

10. Kamerstukken II 1984/85, 18 749, C, p. 7 (NR).

11. Kamerstukken II 1984/85, 18 749,

nr. 5, p. 21, 22, 24 en 28 (VV). In deze zin ook de opmerkingen van de RvS, Kamerstukken II 1984/85, B, p. 2.

12. Kamerstukken II 1985/86, 18 749, nr. 6, p. 25 (MvA), in verbinding met Kamerstukken II 1985/86, 18 749, nr. 7, p. 2 (NvW).



in de wetsgeschiedenis wordt gegeven, het instellen van een rookverbod betreft. Hoewel de tekst van eerst art. 9 lid 1 en later 10 lid 1 niet expliciet uitsluit dat ook andere maatregelen tegen 'hinder van het gebruik van tabaksprodukten' dan het instellen en handhaven van een rookverbod zouden kunnen worden getroffen, wordt nergens gesteld dat met andere maatregelen – bijvoorbeeld het gebruikmaken van ventilatie- of luchtzuiveringssystemen – zou kunnen worden volstaan.<sup>13</sup>

Het tweede lid van (eerst art. 9 en later) art. 10 kan in het licht van deze wetsgeschiedenis niet worden aangegrepen als argument voor de stelling dat op grond van uitsluitend het eerste lid met andere maatregelen dan het instellen en handhaven van een rookverbod zou mogen worden volstaan. Het tweede lid is immers niet ingevoerd om een beperking aan te brengen in het type maatregelen dat wordt getroffen, maar het ziet op de *dwingendheid* van het rookverbod. Waar het aanvankelijk in het wetsvoorstel nog gaat om een vrijwillig in te stellen en naar tijd en ruimte variërend rookverbod, verandert dat met de introductie van het tweede lid naar een dwingend rookverbod, zij het dat dit verbod kan worden beperkt tot aangewezen ruimten en met de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur verdere uitzonderingen aan te brengen.

## De wijziging van de Tabakswet in 2002

In 1999 wordt een wetsvoorstel aanhangig gemaakt waarin verschillende wijzigingen in de Tabakswet worden voorgesteld. De door het parlement aangenomen wijzigingen zijn in 2002 in werking getreden. Voor wat betreft art. 10 Tabakswet blijft het daarbij beperkt tot enkele redactionele wijzigingen. Zo wordt in art. 10 lid 1 Tabakswet de passage 'zonder daarbij hinder van het gebruik van tabaksprodukten wordt ondervonden' vervangen door 'zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden', terwijl in het tweede lid van art. 10 Tabakswet de zinsnede 'verbod tabaksprodukten te gebruiken' plaatsmaakt voor 'rookverbod'. Het gaat hierbij om wijzigingen van taalkundige aard, die 'geen praktische betekenis' hebben.<sup>14</sup> Wat nog wel wordt toegevoegd in het tweede lid, is dat het rookverbod niet alleen moet worden ingesteld en gehandhaafd, maar ook moet worden aangeduid.

Belangrijker is de introductie van art. 11a Tabakswet, op grond waarvan onder andere werknemers en beheerders van daartoe aangewezen voor het publiek toegankelijke gebouwen kunnen worden verplicht om maatregelen te treffen tegen 'hinder of overlast van roken'. In het oorspronkelijke wetsontwerp wordt daarbij in art. 11a lid 2 Tabakswet het bepaalde in art. 10 lid 2 Tabakswet van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarmee, zo stelt de memorie van toelichting, 'zal het, wanneer een algemene maatregel van bestuur krachtens het eerste lid wordt voorbereid, mogelijk zijn voor bepaalde werksituaties een uitzondering te treffen. (...)'. Daarbij valt te denken aan de horeca (...).<sup>15</sup> Hieruit blijkt dat de van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet wordt voorgesteld met het oog op de tweede volzin van die bepaling. In die tweede volzin wordt immers de mogelijkheid geboden om uitzonderingen op het rookverbod te formuleren.

Vervolgens wordt door het Kamerlid Hermann een amendement voorgesteld waarin art. 11a Tabakswet op een andere wijze wordt geformuleerd. In dat voorstel ont-

breekt een verwijzing naar art. 10 lid 2 Tabakswet. De toelichting op het amendement meldt:

'Dit amendement strekt ertoe de bescherming van de niet-roker te verbeteren door de kan-bepaling te schrappen en te vervangen door het recht van werknemers en reizigers en bezoekers van publiek toegankelijke gebouwen op een rookvrije omgeving rechtstreeks in de wet te verankeren. Werkgevers kunnen echter niet in alle gevallen zodanige maatregelen treffen dat werknemers hun werk in een volledig rookvrije ruimte kunnen verrichten. Dit is bijvoorbeeld het geval in horecabedrijven. Het vijfde lid biedt daarom de mogelijkheid om de verplichting te beperken.'<sup>16</sup>

Duidelijk is dat het hier voorgestelde art. 11a Tabakswet een steviger verankering van het recht op een 'rookvrije omgeving' voorstaat dan de door de regering voorgestelde bepaling. Wel wordt de mogelijkheid opengelaten om voor de horeca een uitzondering te maken. In zoverre wordt met het vijfde lid van het door Kamerlid Hermann voorgestelde art. 11a Tabakswet hetzelfde nagestreefd als met het tweede lid van het door de regering voorgestelde art. 11a Tabakswet, met de daarin opgenomen van overeen-

## De wetsgeschiedenis leert allereerst dat art. 11a Tabakswet duidelijk is geënt op de gedachte dat een rookvrije omgeving voorop staat

komstige toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet. Zoals zojuist is opgemerkt, houdt die van overeenkomstige toepassing verklaring verband met de wens om uitzonderingen op het rookverbod te kunnen formuleren. Een slordigheid is daarbij overigens dat het voorgestelde vijfde lid van art. 11a Tabakswet alleen verwijst naar het eerste lid van die bepaling, en niet tevens naar het vierde lid. Kennelijk is door de opsteller van het amendement over het hoofd gezien dat een horecaondernemer niet altijd tegelijkertijd werkgever is en in dat geval onder het bereik van dat vierde lid valt. Aangenomen mag worden – vanwege het ontbreken van contra-indicaties in de toelichting – dat de mogelijkheid om uitzonderingen te maken op het rookverbod ook betrekking moet hebben op deze laatste categorie horecaondernemers.

Het amendement van het Kamerlid Hermann wordt door de Tweede Kamer aanvaard. In de toelichting die vervolgens in de Eerste Kamer wordt gegeven, wordt bevestigd dat art. 11a Tabakswet betrekking heeft op het bieden van een 'rookvrije' omgeving voor werknemers en bezoekers van bepaalde gebouwen.<sup>17</sup>

Wat leert deze wetsgeschiedenis? Allereerst dat art. 11a Tabakswet duidelijk is geënt op de gedachte dat een *rookvrije* omgeving voorop staat. Het gaat er kennelijk niet om dat hinder en overlast van roken wordt verminderd (dus geen ‘rookarme’ omgeving of iets dergelijks), maar dat er eenvoudig geen rook aanwezig is in de desbetreffende omgeving. Ten tweede blijkt dat het vervallen van de van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 10 lid 2 Tabakswet niet berust op de wens om de in die bepaling opgenomen specificatie – maatregelen tegen hinder en overlast van roken omvatten in elk geval het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod – buiten werking te stellen. Aan het beoogde doel van de aanvankelijk opgenomen verwijzing naar art. 10 lid 2 Tabakswet – het bieden van de mogelijkheid van het maken van uitzonderingen op het rookverbod – is geen afbreuk gedaan, doordat het vijfde lid van het uiteindelijk aangenomen art. 11a Tabakswet hetzelfde doel dient.

### Het Besluit uitvoering van 2008

De toelichting op het Besluit uitvoering laat er geen twijfel over bestaan dat dit Besluit ertoe strekt de horeca rookvrij te maken.<sup>18</sup> Waar dat met betrekking tot horeca-ondernemers die als werkgevers hebben te gelden wordt bereikt door de intrekking van het Besluit uitzondering rookvrije werkplek, kiest de minister voor wat betreft de zzp’ers de route die art. 11a lid 4 Tabakswet mogelijk maakt. De minister merkt daarbij op:

‘Dit artikel biedt de rechtsgrondslag om al die categorieën van gebouwen rookvrij te maken, die – gelet op de artikelen 10 en 11 van de Tabakswet – niet onder de werkingssfeer van het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksprodukten gebracht kunnen worden en waarop ook artikel 11a, eerste lid, van de Tabakswet niet van toepassing is, omdat er niet altijd sprake hoeft te zijn van een relatie werkgever-werknemer.’<sup>19</sup>

Uit de toelichting op het Besluit uitvoering en de tekst van art. 3 van dit Besluit blijkt duidelijk dat het voor de minister geen twijfel lijdt dat de maatregelen die in alle horeca-inrichtingen moeten worden getroffen, het effect dienen te hebben dat er een rookvrije omgeving ontstaat en dat daarvoor het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod noodzakelijk is.

De invoering van het rookverbod per 1 juli 2008 is, mede in verband met de zogeheten voorhangprocedure,

voorwerp geweest van uitvoerig overleg met de Tweede Kamer. Uit de daarop betrekking hebbende parlementaire stukken blijkt klip en klaar dat uitsluitend is gedacht aan een rookverbod en niet aan minder verstrekkende maatregelen die de hinder en overlast van roken zou moeten verminderen (in plaats van te voorkomen).<sup>20</sup> De minister heeft in dat verband verschillende malen duidelijk gemaakt geen genoegen te willen nemen met ventilatie als maatregel tegen hinder en overlast van roken en dat daarom wordt gekozen voor een rookverbod.<sup>21</sup> Naar aanleiding van een van de debatten over de voorgenomen invoering van het rookverbod is door het Kamerlid Schippers een motie ingediend van de strekking dat in de Tabakswet juist wel ruimte zou moeten worden gelaten voor ‘ventilatie en luchtzuivering’.<sup>22</sup> Deze motie is evenwel met een ruime meerderheid verworpen.<sup>23</sup>

Ter volledigheid: *na* de inwerkingtreding van het rookverbod is de minister, naar aanleiding van een motie van de Tweede Kamer, wel gaan onderzoeken of het bestaan van bepaalde luchtzuiveringstechnieken *in de toekomst wellicht* tot een zekere aanpassing van het rookverbod kan leiden.<sup>24</sup> Zo ver is het echter nog niet. Op dit moment geldt nog steeds de lijn dat hinder en overlast van roken moet worden tegengegaan door het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.<sup>25</sup>

## Het is hoogst ongebruikelijk om de tekst van de wet te bezien los van de wetsgeschiedenis

### De puzzelstukjes naast elkaar gelegd

Wanneer men uitsluitend zou kijken naar de tekst van de Tabakswet en het Besluit uitvoering en *niet* naar de ontstaansgeschiedenis daarvan, is het inderdaad verwarrend dat in art. 11a Tabakswet niet wordt verwezen naar het tweede lid van art. 10 Tabakswet. De indruk zou dan kunnen ontstaan dat er ruimte is voor het treffen van maatregelen tegen hinder of overlast van roken die uit iets anders zouden bestaan dan het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod (zij het dat dan nog onduidelijk is wat die maatregelen zouden mogen en

#### Noten

**13.** Relevant is in dit verband ook een opmerking in het *Nader Rapport* over het niet-invoeren van een plicht tot het treffen van antirookmaatregelen in de horeca. Eén van de bezwaren daartegen luidt dat ‘het treffen van maatregelen (in horeca-inrichtingen) in het bijzonder zou moeten bestaan in het creëren van gescheiden ruimten voor rokers en niet-rokers, omdat een algeheel verbod om te roken in deze inrichtingen uiteraard niet kan worden gesteld’. *Kamerstukken II*

1984/85, 18 749, C, p. 7 (NR). Ook hieruit kan worden afgeleid dat bij het treffen van maatregelen tegen de hinder van het gebruik van tabaksprodukten is gedacht aan het instellen van een rookverbod en niet aan andersoortige maatregelen.  
**14.** *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 22 (MvT).  
**15.** *Kamerstukken II* 1998/99, 26 472, nr. 3, p. 22 (MvT).  
**16.** *Kamerstukken II* 2000/01, 26 472, nr. 13, p. 3.  
**17.** *Kamerstukken I* 2001/02, 26 472,

nr. 59a, p. 14-15 (MvA).

**18.** *Stb.* 2008, 122, p. 3.

**19.** *Stb.* 2008, 122, p. 4.

**20.** Zie onder andere *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 149, p. 4, *Kamerstukken II* 2006/07, 22 894, nr. 132, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XVI en 22 894, nr. 94, *Kamerstukken II* 2007/08, 22 894 en 31 200 XVI, nr. 163.

**21.** *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XVI, nr. 233, p. 1-3, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 XVI, nr. 144 en

*Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 182, p. 7.

**22.** *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 159.

**23.** *Handelingen II* 2006/07, nr. 90, p. 5162.

**24.** *Kamerstukken II* 2008/09, 22 894, nr. 218 en *Handelingen II* 2008/09, nr. 73, p. 5767. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2008/09, 22 894, nr. 220.

**25.** Vgl. *Handelingen II* 2008/09, nr. 84, p. 6629.

moeten behelzen). Het is echter hoogst ongebruikelijk, zeker in het strafrecht, om de tekst van de wet te bezien los van de wetsgeschiedenis.<sup>26</sup> Wanneer men de ontstaansgeschiedenis van art. 10 en 11a Tabakswet alsmede van het Besluit uitvoering in ogenschouw neemt, kan naar mijn mening het volgende worden vastgesteld:

- a. De verplichtingen op grond van art. 10 lid 1, 11a lid 1 en 11a lid 4 Tabakswet om maatregelen te treffen tegen hinder of overlast van roken, zien telkens op het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.
- b. De specificatie die het tweede lid van art. 10 Tabakswet verschaft, moet worden begrepen tegen de achtergrond van het debat over de dwingendheid van het rookverbod. Dit tweede lid mag in het licht van de wetsgeschiedenis niet zo worden opgevat dat op grond van uitsluitend het eerste lid van art. 10 Tabakswet zou kunnen worden volstaan met andere maatregelen dan het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.
- c. Het feit dat in art. 11a Tabakswet niet wordt verwezen naar art. 10 lid 2 Tabakswet, wordt verklaard door het feit dat een aanvankelijk wel opgenomen verwijzing verband hield met de wens om uitzonderingen op het rookverbod mogelijk te kunnen maken. Deze mogelijkheid is vervolgens in het vijfde lid van art. 11a Tabakswet neergelegd. Er bestaat geen aanleiding te veronderstellen dat het de wetgever erom te doen is geweest in het kader van art. 11a Tabakswet genoeg te nemen met minder vergaande verplichtingen dan het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod.
- d. Het Besluit uitvoering is bedoeld om beheerders van horeca-inrichtingen die door een zzp'er worden geëxploiteerd, de verplichting op te leggen om over te gaan tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Hetzelfde wordt voor alle andere horeca-ondernemers gerealiseerd door de intrekking van het Besluit uitzondering rookvrije werkplek. Er is door de minister en de meerderheid van de Tweede Kamer bewust voor gekozen om (vooralsnog) geen genoeg te nemen met het gebruik van ventilatie- en luchtzuiveringsinstallaties.

Mede gelet op het feit dat de tekst van de relevante wettelijke bepalingen niet uitdrukkelijk in de weg staat aan een duiding overeenkomstig de wetsgeschiedenis, zie ik geen reden om aan te nemen dat geen toereikende wettelijke basis bestaat voor het rookverbod in de horeca.<sup>27</sup> Dezelfde slotsom wordt ook bereikt in de uitspraken van de Rechtbank Groningen en de Rechtbank Breda, zij het langs een gedeeltelijk andere route.<sup>28</sup>

Tegen deze achtergrond kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch. Allereerst steunt het arrest op de gedachte dat het treffen van maatregelen tegen hinder of overlast van roken ook op een andere – en ook minder ingrijpende – wijze mag geschieden dan door middel van het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Die gedachte vindt geen steun in de geschetste wetsgeschiedenis. Daarbij hecht het hof te veel waarde aan het ontbreken van een (expliciete) verwijzing naar art. 10 lid 2 Tabakswet. Aldus wordt de strekking van het

amendement-Hermann miskend. Opmerkelijk daarbij is dat het hof slechts twee zinnen uit de toelichting op het amendement citeert.<sup>29</sup> Die twee zinnen kunnen, los van de rest van de toelichting, de indruk wekken dat het amendement er juist toe strekte om de horeca volledig te ontzien. Dat is echter niet het geval. Het amendement heeft het 'slechts' mogelijk gemaakt om uitzonderingen op het rookverbod te maken, zonder dat daarmee voor de eeuwigheid een uitzonderingspositie voor de horeca is gecreëerd. Aan die positie is inmiddels een einde gekomen door de intrekking van het Besluit uitzondering rookvrije werkplek. Waar het hof zich erop beroept dat de minister het kennelijk nodig vond om het rookverbod *expressis verbis* te vermelden in art. 3 van het Besluit uitvoering omdat het geen vanzelfsprekendheid zou zijn dat het verbod in de aldaar genoemde gebouwen geldt, wordt wederom de totstandkomingsgeschiedenis miskend. Alle voorbereidende stukken duiden erop dat de minister het juist wél vanzelfsprekend vond dat met het Besluit uitvoering (en de intrekking van Besluit uitzondering rookvrije werkplek) in de horeca een rookverbod zou gaan gelden. Diezelfde totstandkomingsgeschiedenis kan ook verklaren waarom – zoals het hof opmerkt – in de considerans van het Besluit uitvoering niet wordt verwezen naar art. 10 lid 2 Tabakswet.

Voorts kan in dit verband een kanttekening worden geplaatst bij de wijze waarop de Rechtbank Breda tot het oordeel komt dat er sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het kernargument van de rechtbank is dat op grond van art. 11a lid 1 Tabakswet horeca-ondernemers die gelden als werkgever, niet zonder meer zijn gehouden tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod, terwijl die verplichting wel onverkort geldt voor beheerders van horeca-inrichtingen die door een zzp'er worden geëxploiteerd. Echter, de maatregelen waarvan art. 11a lid 1 Tabakswet van rept – 'zodanige maatregelen (...) dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden' – zijn in de kern niet anders dan de maatregelen tegen hinder of overlast van roken waar art. 10 lid 1 Tabakswet op ziet en waar art. 11a lid 4 Tabakswet naar verwijst. Uit de wetsgeschiedenis blijkt, anders dan de rechtbank veronderstelt, dat met de maatregelen in de zin van art. 11a lid 1 Tabakswet telkens is bedoeld op het instellen van een rookverbod en niet op bijvoorbeeld het hanteren van ventilatiesystemen. Daarmee is het laatste woord over de rol van het gelijkheidsbeginsel niet gezegd, maar de door de Rechtbank Breda aangenomen strijd met dat beginsel kan naar mijn mening in ieder geval niet worden gegrond op een verschil in verplichtingen die voortvloeien uit het eerste respectievelijk het vierde lid van art. 11a Tabakswet.<sup>30</sup>

## Tot slot

Over de huidige wettelijke vormgeving van het rookverbod in de horeca kan verschillend worden gedacht. Men kan het er niettemin makkelijk over eens zijn dat de gekozen wetstechnische constructie geen schoonheidsprijs verdient. Er was – mede indachtig de huidige commotie omtrent de juridische status van het rookverbod – veel voor te zeggen geweest om het rookverbod



## Wetgeving moet niet louter bezigheidstherapie voor juristen zijn

in niet voor tweeërlei uitleg vatbare bewoordingen in de Tabakswet zelf neer te leggen. De thans gekozen constructie levert weliswaar een alleraardigste puzzel op voor de technisch ingestelde jurist, maar wetgeving moet niet louter bezigheidstherapie voor juristen zijn. Al die kritische kanttekeningen kunnen evenwel niet weg-

nemen dat, om de in deze bijdrage genoemde redenen van wetshistorische aard, naar mijn mening geen valide aanleiding bestaat om het rookverbod in de horeca onverbindend te achten wegens het ontbreken van een toereikende wettelijke grondslag. •

### Noten

**26.** Vgl. M.J. Borgers, 'Wetshistorische interpretatie in de strafrechtspraak', in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink, *Glijdende schalen (Liber Amicorum J. de Hullu)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 51-69.

**27.** Het feit dat de gekozen wettelijke constructie nogal complex is uitgevallen, geeft geen aanleiding om daar anders over te denken. De Hoge Raad pleegt met dergelijke constructies geen moeite te hebben. Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 93, onder verwijzing naar HR 1 juli 1996, *DD* 1996, 96.364.

**28.** In het Groningse vonnis wordt het amendement-Hermann op een verge-

lijkbare wijze geduid, maar om voor mij onduidelijke redenen doet de rechtbank in dit verband ook een beroep op het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten. De redenering van de rechtbank lijkt te zijn dat, omdat dit Besluit rust op art. 10 lid 2 Tabakswet en gelet op het feit dat het café van de verdachte onder de werkingssfeer van het Besluit valt, de conclusie mag worden getrokken dat art. 10 lid 2 Tabakswet – met inbegrip van de in die bepaling opgenomen passage over het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod – ook ziet op het desbetreffende café. De rechtbank ziet daarbij echter over het hoofd dat het Besluit beperking verkoop en gebruik tabaksproducten alleen betrekking heeft

op instellingen, diensten en bedrijven in de zin van art. 10 lid 1 Tabakswet en gebouwen of inrichtingen in de zin van art. 11 lid 1 Tabakswet, en niet op horeca-inrichtingen. Voor die laatste categorie geldt nu juist het regime van art. 11a Tabakswet. Met betrekking tot het vonnis van de Rb. Breda kan worden opgemerkt dat hierin wordt aangesloten bij de bedoeling van de wetgever (een rookverbod in de horeca), maar niet uiteen wordt gezet op welke wijze moet worden aangekeken tegen het niet expliciet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard van art. 10 lid 2 Tabakswet.

**29.** Namelijk: 'Werkgevers kunnen (...) niet in alle gevallen zodanige maatregelen treffen dat werknemers hun werk in een

volledig rookvrije ruimte kunnen doen. Dit is bijvoorbeeld het geval in horeca-bedrijven.'

**30.** De Rb. Breda wijst voorts op de feitelijke onmogelijkheid om in kleine horeca-inrichtingen een aparte rookruimte in te richten. De Rb. Groningen heeft geen strijd met het gelijkheidsbeginsel aangenomen. Volledigheidshalve wijs ik ook nog op de mogelijke betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Volgens de Rb. Groningen wordt het recht op eigendom niet geschonden. Zie over deze punten J.M.H.F. Teunissen, 'Willen we het totale rookverbod?', *NJB* 2009, 677, afl. 11, p. 677-680.